

裁判与法律*

[英]蒂莫西·恩迪科特

内容提要：法院对被告溯及性地课加新的法律责任，是可以与正义和法治相容的。但其实法官并不需要区分他是在课加一个新的责任，还是在执行争议事件发生时被告本就已有的责任。通过探究下述问题就可区分二者：在判决之前，法律体系的各种制度已经将哪种法院判决定理由委托给了法院去据以采取行动？本文通过评判 H. L. A. 哈特和罗纳德·德沃金的最后一次论战来解释这些结论。

关键词：课加责任 创制新法 适用旧法

蒂莫西·恩迪科特，牛津大学法哲学教授。

人们通常都误解认为，法治要求法官只能通过执行既有法律来裁决争议。因此，一旦律师或法官有那么一点精妙而又常用的技巧，能够将法律与那些更乐于创制新法的考量区分开来，这一误解就很容易导致更大的不公正。但在实际审判中，律师和法官却并不这样做，而始终只是在适用旧法和制造新法之间含糊其辞。在这个表面看来好像是基础性的问题点上，实践中的司法表达是非常模糊的。

所以，当法官使用，“我们认为被告应对……承担责任”这样的话语对争议做出判决时，他们通常并不明确其意思是，“我们特此执行争议事件发生时被告本就已有的一个责任”，还是，“我们特此对被告课加一个新的责任”。

他们的意思也许既不是前者也不是后者；他们的意图就同这些语言行为一样模糊。

这种缺乏明确性的司法论证是普遍而典型的，由此就产生了一个含糊其辞问题。如果上述人们的误解为真的话，对此问题的解决就应成为司法工作的当务之急。但事实上，法官却可以不解决这个问题而仅依靠“法律”就实现正义。

下文我将证明上述观点，并做出论证，在制造新法和适用旧法之间的这一含糊其辞问题（下文我就简称为“含糊其辞”）并不是个普遍不可解决的问题，对其解决的办法就是去查明，在判决之前，法律体系的各种制度已经将哪种法院判决定理由委托给了法院去据此行动？我将通过对 H. L. A. 哈特和罗纳德·德沃金最后一场论战的仔细考察来解释这些结论。

* 2007年1月23日，恩迪科特教授访问中国社会科学院法学研究所，曾以此文作主题演讲，后刊载于《牛津法律研究》(Oxford Journal of Legal Studies, OJLS)第27卷，2007年第2辑，第311-326页。

蒂莫西·恩迪科特(Timothy Endicott)，牛津大学法哲学教授，牛津大学法律理事会主席(Chair of the Law Board)。

译者冉昊，中国社会科学院法学研究所副研究员。

一 哈特和德沃金:最后的争论

哈特作品的价值之一就在于它启发人们去寻求与他的不一致,而这一点具体应如何实现,值得我们认真研究。在哈特的作品中存在着一个悖论。首先,他比任何前人都更清楚地阐明了一个法理学基本问题:如何解释法律的“规范性”,即可以用权利义务这样的“规范”语言来表达的、法律之作为一套行为指引或声称作为指引时的性质;^[1]接着,他又以对社会的描述作为对此问题的回答。这正是其悖论第一方面所在。因为他认为,仅仅通过指出社会事实就能解释法律的规范性,如在共同践行某些事实作为法律效力检验标准时,官员们对此采取了反思批判的态度这样一种社会事实。

但其实,没有一种态度能够解释一项(法律或其他)权利或义务的性质,所以没有人可以仅仅通过描述行为或态度来解释法律的规范性。^[2]哈特作品中之悖论的另一方面在于,尽管哈特解释了内在观点的重要性,但他却又使这一观点成为不可理解的,因为他拒绝发问,这是否是一个应该采取的好观点,(而从内在观点本身的理解来看,这样的发问是至关重要的)。简言之,哈特的悖论可以概括为:他错用了描述的方法来回答他所认定的法律的性质是什么这一问题。

罗纳德·德沃金为此展开了他的一套引人争议的法律理论来反驳哈特这一描述性进路。而且德沃金不仅反驳了哈特的尝试——通过描述官员行为和态度来解释法律的规范性,还反驳了哈特的描述性主张本身——同一共同体中的官员们会践行接受共同的法律效力标准。在表达他与哈特的这种分歧时,德沃金不只将其表述为有关法律之性质问题的哲学分歧,而且(以同样的理由)表述为有关人们在一定法域的一定时间上享有哪些权利问题的法律差异。而如果这既是一个哲学分歧又是一个法律分歧的话,德沃金就可以像律师论案一样来讨论这个问题了,事实上,他的确就是这样做的。

最近,在其“哈特纪念演讲”^[3]中,德沃金假设了一个索伦森夫人侵权案来讨论他与哈特的分歧。索伦森夫人是一个虚构的原告,受到了一种非专利药物的损害,该药物由 11 个制造商粗心大意地提供。不管对哪个制造商,只要索伦森夫人能够证明其提供了造成损害的药物,毫无争议,这个制造商就应承担赔偿责任进行赔偿。同样毫无争议,如果造成损害的药物是由不止一个制造商提供的,每个制造商都应对索伦森夫人承担责任。但实际上,由于这种非专利药物的市场流通是不需要注册的,索伦森夫人竟完全不能证明她从哪一个制造商处获得了哪怕一个药丸。于是,她的律师主张,每个制造商应承担按其对此药物的市场份额比例赔偿——即要求获得“市场份额损害赔偿金”,根据是“在某行业获益的人也必须承担

[1] 对此,请特别参见《法律的概念》(*The Concept of Law*)第二版,牛津:Clarendon 出版社 1994 年版,第 57 页。

[2] 包括罗纳德·德沃金在内的很多作者对此解释了原因。参见德沃金在《认真对待权利》中对共时性道德和成规性道德之区分的讨论,见《认真对待权利》(*Taking Rights Seriously*)第二版,伦敦:Duckworth 出版社 1977 年版,第 51 - 53 页。在反对哈特对社会规则的解释的各种主张中,最直接、最有毁灭性的也许是 Joseph Raz 所说明的、存在于哈特法学理论之根基中的“致命缺陷”,见《实践理性与规范》(*Practical Reason and Norms*)第二版,普林斯顿大学出版社 1990 年版,第 53 - 58 页。

[3] 这是 2001 年 2 月在牛津大学做的一个演讲,修改后以《哈特的后记与政治哲学的特性》(*Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*)为名发表在《牛津法律研究》(*Oxford Journal of Legal Studies*, OJLS)第 24 卷,2004 年,第 1 - 37 页。这一演讲后来成为德沃金《法袍中的正义》一书的第六章。见《法袍中的正义》(*Justice in Robes*),马萨诸塞州剑桥:哈佛大学出版社 2006 年版。

该行业的成本”这样一个原则，^[4]我将之称为“内化原则”。（事实上，我认为他们的这一主张还需要依赖于一个进一步的原则，即对像索伦森夫人这样的原告承担的这一赔偿责任，正是使企业承担那些成本的一个恰当技术，我将之称为“矫正原则”。）

而制造商们则主张，索伦森夫人的律师们的这一要求不符合“侵权法已长期确立的前提——任何人对未被表明由其导致的损害不需承担责任”。^[5] 我将之称为“因果关系原则”。德沃金按照他自己识别法律权利时所采取的那种进路指出，法院可能会发现因果关系原则“已牢牢地确立以至于只能把索伦森夫人打发走人”，或者也可能会“发现”对内化原则的“支持”。但究竟是什么样的“支持”，对这两种可能，德沃金都没有确切地说明。而哈特认为：

法律的存在和其内容的识别，可通过援引法律的社会渊源（如立法、司法判决、社会习惯）而不需要引证道德，除非需要以此识别的法律本身为了其识别已包含有道德准则。^[6]

德沃金将此称为“渊源命题”，认为其在索伦森夫人案的法律运用中有着致命的缺陷，他告诉我们：

没有一个立法或既往的司法判决，能使得“道德”在索伦森夫人案中获得适用是适当的……^[7]

没有一种哈特所考虑的“渊源”，能表明处在索伦森夫人位置上的人有权利基于市场份额获得损害赔偿金；或者能指明一项可能导出这种结果/后果的道德标准。^[8]

这样，德沃金就基于哈特的“渊源命题”得出结论，哈特的法律理论是不利于索伦森夫人的：“他将不得不说，就法律而言，她一定会输。”^[9]

德沃金的论证采取了以下形式：

1. 哈特主张，法律内容的识别可通过援引社会渊源而不需要引证道德（除非需要识别的法律本身已经包含有道德准则）。
2. 通过援引社会渊源而不引证道德，无法识别一项给索伦森夫人以救济的法律权利（也没有哪个法律渊源中包含有一个可以帮到她的道德准则）。
3. 因此，哈特将不得不说，就法律而言，索伦森夫人一定会输。

乍一看来，这个论证的确是有助于德沃金的观点的，为什么会这样？因为德沃金诱使我们以为：索伦森夫人的律师们站起来、板着面孔提出一个主张，而这主张立刻就成为了一个有效力的主张，或至少使得药物公司的律师们不得不接招针对它开始展开辩驳。德沃金似有似无地描述了这一场景，让人们依照自己的想象以为真会发生这场争辩，（其实依照哈特的理论，对争议的一种解决办法将成为必然，因此于此场景争辩是可以排除的。）那么如果真有这场关于索伦森夫人

[4] 同上，第4页。

[5] 同上。

[6] 参见前引[1]，《法律的概念》，第269页；具体引自同上注文，第4页。

[7] 前引[3]，德沃金文，第4页。

[8] 同上，第20页。

[9] 同上，第4页。

案适用法律内容的争辩的话,如果德沃金上述论证完善,依其结论,哈特的法律性质理论就是不利于索伦森夫人的。^[10]这就削弱了哈特的“渊源命题”。因为如果渊源命题在一个真的法律争议中会与一方相结盟而不利于一方的话,那渊源命题就并不是关于法的普遍真理,而不过是一种传统主义论证,在法究竟是什么的争论中走向其中的一方。

但实际上,德沃金的论证是不完善的,在索伦森夫人案上的这种表面分歧是挑战哈特的一个错误办法。上述论证中的第二步是得不到支撑的:在德沃金呈现给我们的那个场景中,没有哪里给出了理由可使人认为它是真会发生的。关于双方争辩的那个主张,我将在下文第三部分做出解释。而在接下来的第二部分中,我将论证德沃金之论证不完善的另一个更直接的理由:其第三步中的结论并不能从第一步和第二步中必然推出。

二 法律可以授予法院权力去课加一个新的法律责任

法律的社会渊源不支持我们得出结论,索伦森夫人具有获得赔偿的法律权利,这会怎么样呢?与德沃金的论证正相反,这并不意味着:就法律而言,她一定会输。如果法律给予了法院权力去创制一个使她有权获得损害赔偿金的新法律规则,并在本案中就执行此新规则,那么此时的法律就并不认定她会输。^{[11][12]}所以即使我们为了全文论证的必要,在此先暂时承认德沃金上述论证中的前提二(——不通过引证道德而仅援引社会渊源无法识别确立一个给以救济的法律权利……),通过援引渊源,我们却仍有可能识别确立一个课加新责任的权力;然后法律把它留给了法院。而当法院有权力推翻先例的时候,即使有约束力的相关先例是不利于索伦森夫人的,法律充其量也不过是在表面上不利于她了。而实际上,每个普通法系统都在不同程度上授予一些法院这种课加新责任的权力,以及对无先例可循的问题做出判决的权力。事实上,对于那些过去从未被要求过的赔偿种类,法律并不一般性地予以禁止,正相反,通常它都会赋予法院有限制的授权去制造新的判决。

对授权的这些限制,在不同的普通法域中各不一样,在每个法域中都复杂而可争辩,

[10] 作者原文中在此尚有下述文字:“这将在两个方面帮助德沃金。首先,德沃金的目的是要支持一个普遍性的主张,即不采取参与者于实践之中所采用的那种争辩性的、评价性的位置,法律理论家(更广阔地说,还包括政治和社会理论家)仅从外部并不能对人类实践做出解释。而如果哈特的理论站到了药物公司一方,就意味着它采取了一个争辩性的、评价性的位置,德沃金的这一主张就得到了支持。第二,它将巧妙地削弱哈特的‘渊源命题’……”刊载于《牛津法律研究》时由于版面原因被删除。——译者注

[11] 此外,如果法律给予法院权力免除索伦森夫人依法律要求做出证明的责任,那么不制造任何新规则也能达到与此相同的效果;但我在这里讨论的是法律中的改变,而不研究对法律要求的免除。

[12] 作者在此的意思是,依照哈特的社会渊源命题,法律是可以认定法院具有创制新规则的权力的,这样一来,这一权力就被并入了法律中,即其就是法律的一部分,所以依照“法律”,索伦森夫人也不会被认定为输。在英美法中,基于其历史形成的二元法律共生系统——普通法与衡平法之间的补充和掣肘效应,时时地需要律师和法官在各案件场景中,分别分析其中具有的不同的普通法因素及衡平法因素,并相互比较权衡,才能最终决定案件将适用的法律,从而在本质上就为司法进入立法留下了很大的能动空间(参见后文注[29]中 Scarman 大法官所言)。所以在英美法系中,尽管一方面从民主宪政的抽象思想认识出发,强烈主张立法和司法的分权;但在实际语境使用下,基于其法律文化的大背景,“法律”这一概念的含义却又远远广于大陆法系相应的立法性认识的。

译者在英伦访学期间,曾就此分别请教本文作者牛津大学法理学教授蒂莫西·恩迪科特、剑桥大学财产法教授 Kevin Gray,法律和裁判、立法和司法的界限究竟如何划分。但不同法学领域的教授们对此给出的答案却惊人的相似:英国法律人不善于做这种精细但生硬的分类。这样的一种解释,对于我们这些英美法系的外部观察者来说未免牵强,但对于其系统内的人来说,也许由于历史和文化的内渗效应,其的确就是能模糊运行的,参见下注[13]及其正文。——译者注

即使在同一个法域中也会随着时间不断地发生变化。一方面,在真正的普通法法域中,并不是每个普通法规则都能被法官推翻。事实上还从来没有在哪个普通法法域中,法官得到授权去适用一个新规则来直接约束药品公司的经营者为索伦森夫人付出什么。对此在英国法中,我们没有理由认为法官有权力推翻(如,)既判力之普通法原则或高等法院判决不因高等法院的错误受司法审查的普通法原则。但另一方面,这些限制却又都兼容于一个能够对普通法基本原则做出改变的重大权力。对此,我们至少可概括为:法官发展法律的权力是受到限定的,但法律并没有明确这些限定是什么。^[13]

对此,哈特曾写过,先例原则兼容于“两种创制性或立法性行为”:一是通过“限缩从先例中抽出的规则”来区别于此前的案件,二是通过丢弃“依此前案件阐明的规则中的一个限制”来扩展此规则。^[14]此外,他当然还可以加上在无先例可循的案件中推翻或设立一个先例的那种创制性行为。实际上,法官有权力来采取这些创制性行为,正是他们具有制造新法的权力的表现。而这一(表现在多种形式中的)权力,也正是普通法(以及其他法系)的核心特征所在。

这样,就出现了一个悖论式的结果:在索伦森夫人案中,哈特的法律理论(就我们现有的理解而言),非但并不有利于药物公司,反而比德沃金的法律理论更有利于索伦森夫人。不是因为它说了什么特别的适用于索伦森夫人的法律,而是因为它认可了一个基于新基础做出赔偿判决的司法权力行使的可能性(这一新基础甚至可以是索伦森夫人受到损害时的法律还拒绝的那种基础)。而依照德沃金的如何审判索伦森夫人案的观点,法官可能发现因果关系原则“已牢牢地嵌于先例中以至于只能把索伦森夫人打发走而不给她救济”。^[15]显然,一个同意哈特有关法律中渊源之作用的观点的法官,就无需附和这样的不公正了。法官特有的责任就是去行使权力改变法律——一个尽管复杂且限制不明,但却完全可以延及“深嵌先例中”或“已长期确立”^[16]之不公正规则的权力。这正是对德沃金上述论证的彻底颠覆:由于哈特主张,法律已为其自身的司法改变留出了可能性,他的法律理论就否定了德沃金叠加给其观点——就法律而言,索伦森夫人一定会输。

当然,对于这种意见——法官可在索伦森夫人案中创制一个新责任,德沃金也很容易想到。事实上,他的论文后面就明确表达了这一点,作为对一个法官“清楚、严格执行渊源命题”的假想场景的回应。^[17]不过这一用语似乎是误述了这一假想情况,因为没有人能够“执行”渊源命题,我们可以理解,德沃金其实就是在向认为渊源命题正确、但在其审判中又找不到一个让索伦森夫人有获赔法律权利的渊源的法官建议:

认为索伦森夫人竟然不能获得救济这一点是不可容忍的法官……应被迫宣称,尽管事实上法律是有利于被告的,他们会无视法律——由此无视合法性而判决对索伦森夫人做出赔偿。他们会宣布,通过行使一项与合法性要求的最基本

[13] 也许通常对此能说的,John Finnis 在讨论法律系统如何“系统地限制”“从直接实践理性的正当化层面退回到实践层面”之考虑将产生的反馈时,已经都说了。参见其《自然法与自然权利》(Natural Law and Natural Rights),1980年版,第312页。

[14] 前引[1],《法律的概念》,第135页。

[15] 前引[3],德沃金文,第4页。

[16] 同上。

[17] 同上,第32页。

理解相抵触的全新立法性权力……他们具有了一个“自由裁量权”来改变法律……[18]

实行一个非法的自由裁量权,实际上就等于将无视(或至少,轻视)法律及合法性。但对于同样一个法官,如果法律通过授予法院有溯及力地改变法律的权力,从而使法律本身就授权法官去创制这样一个判决,他就并不是在轻视法律。这样的一种法律权力本身是否又轻视了合法性的价值呢?对此我们当然会想起那些与合法性理想相抵触的法律权力,如一项不受控制的行政拘留权力等。但下文我将做出论证,一个有溯及力地改变法律的司法裁量权,并不必然背反于合法性理想。

“合法性”是德沃金表达法治概念的术语;^[19]按照其表述,合法性的基本原则就是,“(国家强制性权力)的行使只能符合在此行使前已以正确方式确立起来的那些标准”。^[20]这种观点对合法性原则的理解是被不当地限制了。^[21]其与本文相关的重要错误在于,由此就可认为,法治通常是反对溯及性地课加法律责任或其他法律负担的,(事实上,依德沃金的理解,这样的一种认识的确是法治理想的“最基本理解”^[22]之一)。但实际上,如果有溯及力地创制判决普遍有悖于法治的话,上述普通法法官拥有的那种造法权力一运行就将背离法治。

实际上,法治所反对的是专横政府,如不受控制的行政拘留就构成此意义下的专横,但创制有溯及力的判决却并不必然是专横的。通常来说,溯及性地征税或创造有溯及力的规制性罪行,^[23]都是专横的。在每个专横的情况中,法律的缺陷都在于,它所采取的控制共同体生活的方式,不能够相区别于亚里士多德所说的(官员说什么就是什么的)人治方式。^[24]

因此,当合法性或法治作为理由不让我们去溯及性地改变规则时,仅仅是因为这一溯及性的改变将构成上述意义上的专横。而索伦森夫人案本身恰是一个绝好的例子,表明溯及性地课加责任完全有可能不具有这样的专横性。

每个药物公司对其顾客都负有在药物生产和提供中保持谨慎的义务,这一谨慎义务为法所确认,并通过侵权之诉得到执行,如果提起该诉讼的顾客能够证明其与特定被告间具有因果关系的话。这样,我们就可以设想了:法律要求一定要证明有因果关系,因此药物公司就会利用不注册而流通的市场安排来逃避由于他们违反了谨慎义务而导致的损害责任;此时,由于明知会有这样的效果,药物公司在向公众提供药物时,其确定的预期就是不存在相应的责任。表面看来,这样的一种预期是依照既有法律而做出的,体现了法治的稳定性和可

[18] 同上。但记得吗,按照德沃金的观点,法官也可能会发现索伦森夫人没有获得救济的法律权利(前引[3],德沃金文,第4页。有关观点见前文讨论),那么此时,认为索伦森夫人竟然不能获得救济这一点是不可容忍的法官就必须“无视合法性”了。该法官大概就将如《法律帝国》(*Law's Empire*,马萨诸塞州剑桥:哈佛大学出版社1986年版,第177页)中讨论的那样,面临着司法和正直间紧张关系的危机,而不得不放弃“解释性态度”。

[19] 如德沃金曾指出:“……合法性——或如人们有时对它使用的更广义称谓,法治……”见前引[3],德沃金文,第24页。

[20] 前引[3],德沃金文,第24页。

[21] 如将法治的特征认定为仅是限制国家强制性权力,就是错误的(因为法治也要求这一权力的积极行使,还要求对多种形式的私人行动的控制)。

[22] 参见前引[3],德沃金文,第32页。并比较:“合法性的核心在于,政府之行政决定的做出和正当化,依据的应是已经确立到位的那些标准,而不能是事后弥补制定的新标准……”前引[3],德沃金文,第35页。

[23] 规制性罪行,相当于“法定罪行”,是指由制定法人为规定而不是普通法自然生成的那些犯罪种类。——译者注

[24] 参见《政治学》3.16, 1287a19。对此意义上的专横的讨论,参见拙文:《法律的理性》(*The Reason of the Law*),《美国法理学杂志》(*American Journal of Jurisprudence*)第48卷,2003年,第90-95页。

衡量性,但实际上推翻这样的一个预期是一点都不专横的。这是因为,基于药物公司违反谨慎义务这一事实,法律在此的改变就具备了一种有别于“法官说什么就是什么”的合理性。事实上,这一溯及性地改变法律将防止法律的滥用。虽然这一改变课加了一个为争议事件发生时的法律尚不知道的法律责任,但这种法律中的改变非但不代表法官对其权力的专横使用,反而还可能维护法治:因为通过离开法定要求的因果关系证明,法院实际上就是在特别执行药物公司的法定谨慎义务。

除了这种溯及性地课加新责任不构成专横的场景外,我们也可以设想出溯及性地课加新责任就构成专横的场景——这些不同的场景正表明,溯及性并不等于专横本身。如当制药工业已有一套行政控制、对缺陷药物引起的损害由国家赔偿时,市场份额损害赔偿金如与这套既有安排相矛盾,此时法院再课加这种责任就是专横的。再比如课加市场份额责任会将坏制造商之错误或不守信的部分成本分配给好制造商来承担,从而增加好制造商的负担、以损害消费者的方式扭曲竞争,此时法院再课加这种责任也是专横的。但如果制造商生产的都是同一种产品,也都应该知道这种化学药物是危险的(如德沃金所说索伦森夫人案的情况^[25]),那就不存在专横的问题。

当然,法律的这种司法改变对其他任何案件可能产生的潜在影响(包括溯及的或将来的)促使我们保持冷静。一个好的法官会始终保持冷静,在没有探询其改变法律形成的先例会否在其他案件中导致不公正以前,不改变法律(但即使如此,对该先例在不可预料的案件中将产生的影响,他仍只能寄希望于未来的法院去负责任地处理)。的确,不受控制的司法造法将违背法治,但溯及性的司法造法却未必一定是不受控制的。即使将某先例在其特别关涉点上予以推翻,也完全可能不构成对法治的任何轻视。^[26] 所以面对一个不公正的规则时,该规则深嵌于先例中这一事实的确会让一个好的法官保持慎重,但他/她不会在其实现正义的责任面前踌躇不前,因而也无需被说服,索伦森夫人受到损害时,相应损害赔偿 responsibility 已经是既有法律的一部分。

这样,于旧法和新法之间做出区分这一问题并未成为裁判中的一般性问题,其区分经常是非常模糊的。而律师和法官的狡猾也使得他们可以不解决甚至不提及此模糊性就对案件做出论证和判决。事实上,法治是一个动态的理想,因此,其本身就可能要求法官去创造新责任,就如约翰·菲尼斯所指出的,对法治的考虑“使得被纳入官方规制范围的标的物不断增加”,^[27] 但菲尼斯接着又论证,对于新标准的精心制定只能由那些知道什么样的“新争议解决标准”是最适于实定法的人来恰当地完成。

这一选择,在以此种司法方式做出后,其实就是在“创制”新法,但这种司法责任的造法……又显著区别于立法权威的造法,后者广泛颁布措施废止旧规,重新分类人、物、行为,鲜明划定各种(其实用别的方式划分也是合理的)差异。而我们可以合理地认为,前者与它的显著区别就在于:司法中采用的“新”标准,由于已被非常狭窄地控制在既有实定法之可能性内,以至于它在很强的意义上已经是法律的

[25] 前引[3],德沃金文,第4页。

[26] 除非法院对该行动采用的某种特别方式显示出其对法治尊重的缺乏,如下级法院违反规则中所涉先例是只有高级法院才有权力推翻的。

[27] 《自然法与自然权利》,牛津:Clarendon 出版社1980年版,第271页。

一部分。^[28]

在此,菲尼斯引人注目地表达了旧法与新法之间的含糊其辞问题:选择一个新的争议解决标准,在一种意义上是在“创制”新法;但在另一种意义上,可以说这一新标准已经是法律的一部分。^[29]

一个不符合既有实定法的新争议解决标准,比之一个受到既有法律狭窄控制的标准,当然是更“新”的;但对于菲尼斯接着又说的它“已经是法律的一部分”,我认为,这一用语提供了一个错误信号,引导我们误以为新标准是兼容于既有法律(的重要特性)的。事实上,我们全部研究的焦点就是法院在索伦森夫人式案件中课加责任的理由,而在这一焦点意义上,一个道德上正确的标准的选择,对于法律而言,完全可能就是新的,只不过这是一种有正当性的新。法院在此判决给予索伦森夫人损害赔偿金的理由就是正义。我的意思是说,法院判决的理由,存在于不给索伦森夫人以救济就是不正义之中,而不存在于现行法律系统已有规定要对此类案件提供救济之中。这个新责任的课加是否合适,部分取决于这样做是否不扭曲法律。这是一个重要的“法治”约束。但是当此约束不禁止新的责任时,课加此责任(从而既替索伦森夫人要求赔偿,也给未来设定一个规则)的理由却是前文所述内化原则和矫正原则的正义性。无论索伦森夫人身处哪个法域中适用什么法律,这种正义性的考虑都将会是相同的,它们的力量完全不是来自法律,尽管如果法律禁止的话,法官也许就不会按其去行动。

所以在这一重要的焦点意义上,法院创制新法并将其溯及性地适用,完全可以是正当的。这种创造新规则的方式不存在什么一般性的错误,其具体实践完全可能既是受规则控制的又是溯及性的,既为法所授权又为法所抑制。所以,有溯及力地创制判决、有溯及力地造法、有溯及力地司法造法,甚至有溯及力地司法课加法律责任,都不存在什么一般性的错误。只有当其表现出对判决创制应受控制这一价值本身的不尊重时,其运行才背反于法治。

当然,还有很多种理由可能使它成为错误的,如当它表现出对承担此种不可预期责任的人的利益不尊重时(如不公平地推翻预期),或者当它夸大了法院的制度能力时。但如果认为,法院只要对药物制造商课加新法律责任就必然不具有正当性,这却是一种法律条文主义的墨守,而不是在尊重合法性。

三 索伦森夫人是否具有获得损害赔偿金的法律权利?

上述论证已表明,哈特的理论允许这样一种可能性,即法官可以在索伦森夫人式案件中

[28] John Fennis,《自然法:古典的传统》(Natural law: The Classical Tradition),载 Jules Coleman 和 Scott Shapiro 编:《牛津法理学和法律哲学手册》(Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law),牛津大学出版社 2002 年版,第 10-11 页。还可比较 Joseph Raz 在其《法律的权威》(The Authority of Law,1979 年版,第 97 页)一书中所说:“适用既有法律和新法之间的区别,更多地被看成是程度上的,而不是类别上的。”

[29] 比较下面这个论及模糊性问题的司法陈述:“普通法(在宪政背景下还包括通过司法发展起来的衡平法)覆盖制定法不涉及的一切内容。它不知道缝隙何在:就不存在‘没有规定的事项’。法院的功能就是对其面前的案件做出判决,即使这一判决会要求延展或改造某项法律原则,甚至在某些案件中创造新法来满足个案的公正。但是,无论法院决定的是什么,它们都是从既有法律原则这个基线开始出发,去寻找一个符合或类似于这些已获确认原则的解决办法。”见 McLoughlin 诉 O’Brian 案中 Scarman 大法官的意见,[1983] 1 AC 410,第 429-430 页。与 Fennis 一样,Scarman 大法官也主张,在一些案件中,法院必须创造新法,但同时法律却又是没有缝隙的(这样他就隐含指出了,在另一种意义上,法院并没有创造新法)。

合法地创造出新的法律权利和责任。但还不止于此,哈特的理论甚至并不认为索伦森夫人没有获得损害赔偿金的法律权利。事实上,它对于这什么都没有说。

德沃金认为在哈特的理论下,基于“渊源命题”和市场份额损害赔偿金是全新的这一事实,索伦森夫人就无法具有获得损害赔偿金的法律权利。所以德沃金会说,在索伦森夫人案的法律运用中,“没有一个立法或既往的司法判决,能使得道德在索伦森夫人案中获得适用是适当的……”^[30]但其实对于渊源,哈特所考虑的并非只有立法和既往的司法判决。他将“立法、司法判决、社会习惯”都称为渊源,而社会习惯包括了法官的习惯。那么,如果索伦森夫人是居住在一个普通法域内,^[31]普通法的传统就会使得道德在其案中的适用具有高度的适当性。因为这里的社会习惯正是,法官听取道德论辩来决定他们应如何判案;并在其判决理由中陈述道德的考虑。法院既是法律的法院,也是正义的法院。当有人提出一个全新的主张时,普通法的传统会将一大批复杂的社会规则包含进自身,从而授权(事实上是要求)法官承担起对此争议做出公正解决的责任。^[32]

德沃金经常认定,哈特就是在主张,识别法律的办法是要通过在法律的各种社会渊源中找到对其的一个宣称。^[33]所以他写道:

哈特说,当某种“渊源”裁定了道德应具有识别法律的功能时,道德开始与法律的识别相关联……^[34]

但其实哈特并没有这样说,他说的是,当“需要以此识别的法律本身已包含有道德准则”时,道德开始与法律的识别相关联。^[35]通过“以此”这个词我们看到,哈特所指的“此”,就是一个渊源,而不是一个裁定。而对于普通法来说,构成它的各种渊源除了判决理由中写下的这个或那个规则的司法裁定外,尤其还包括了法官的习惯,即他们对行使其司法裁量权之一定方式的通常态度,是视为须受特别委托才可行使的还是被一般性允准可自行行使的。

这一事实似乎能轻松地反驳德沃金了:基于法官的习惯——认为他们在(有限制的)正义基础上的主动作为是被一般性允准可自行行使的,普通法本身已包含有道德准则;索伦森夫人具有获得损害赔偿金的法律权利,其存在和内容可通过引证道德而获得。

但实际上,这种反驳方法是不稳定的。它将无法提供办法来区分,这样做,究竟是在基于正义的要求而制造新法,还是在通过引证经由法官习惯所包含的道德准则而识别既有法律权利。在哈特的理论下,当法律本身已经“包含有”正义的若干方面作为识别法律的一个

[30] 前引[3],德沃金文,第4页。

[31] 她似乎确实是住在那里的,因为德沃金提到过(参见前引[3],德沃金文,第4页)在索伦森夫人案的法律适用中,相关原则可能会“牢牢地嵌于先例中”。不过实际上,索伦森夫人是否居住在一个普通法域内并不那么重要,在其他的法律系统中,同样会有下文讨论的那种司法习惯。

[32] 不过在任何一个法律系统中,这一责任都是受到限制的。“法治”是反对法官仅以正义为基础来解决每个案件的,因为这样做就等于是在以一种对法官不断变动的正义观未加任何秩序、从而使程序只能走向滥用的方式,将当事人委托给法官,这就构成了一种专横。比较前引[13]处正文中讨论的法律系统对司法造法所加的限制。

[33] 比较德沃金的用语,“规定了一个道德标准”(前引[3],德沃金文,第20页),或下面这个他最近归于哈特的“实证主义”论断:“那种法律理论的经典形式认为,一个共同体的法,仅仅由它的造法官员宣称称为法的那些东西组成,所以认为某些非实证的力量或代理机构……能够成为法的一种渊源,是错误的,除非造法官员已宣称它们是。”罗纳德·德沃金:《三十年以来》(Thirty Years On),《哈佛法律评论》(Harvard Law Review)第115卷,2002,第1655页。但事实上,从来没有任何一种理论的形式认为,法仅由造法官员宣称称为法的那些东西组成。

[34] 前引[3],德沃金文,第23页。

[35] 前引[1],《法律的概念》,第269页。

标准时,法院基于正义做出损害赔偿判决时仍是在适用法律。那么,如果索伦森夫人所在法域的习惯正是,法官以正义之论证为其判决的依据(当这样做与其责任相一致时^[36]),该习惯究竟是将道德包含进了法律,还是在授权法官行使自由裁量权呢?在此,哈特的理论保持沉默,未提供办法来区分,判决的依据是在执行争议事件发生时的那个法律还是其他什么。因此,在一个普通法系统中,由于其惯例就是法院解决争议时既以渊源基础的考虑为根据(所有普通法系统都是这样)也以(一些)正义的考虑为根据,哈特就没有办法来区分,一个判决究竟是在执行旧法、还是在合法地精心制定新责任并溯及性地课加责任。

(一)哈特与含糊其辞

事实上,对于这个问题——依据道德解决争议时法官所做的究竟是什么,哈特是故意保持沉默的。在《法律的概念》“后记”中,他就写道,“从任何实践的目的来看,在如此判决案件时,法官是在(法律所加一切约束下)依照道德制造法律,抑或是在受其道德判断指引来确定、以道德检验法律揭示出了哪些已然存在的既有法律,是无关紧要的。”^[37]不过看起来,哈特避而不答这个问题,似乎并不是因为从任何实践的目的来看它无关紧要,而是因为它其实取决于相关道德考虑是否客观存在。

哈特认为,只有当存在“客观的道德事实”时,这一结论——法官在索伦森夫人式案件中是在执行既有法律——的成立才有了可能的前提。^[38]而如果没有这样的事实,那么“一个法官,在被告知运用道德检验时,只能将此视为在呼唤他行使造法自由裁量权……”因此,在哈特的观点下,首先要区分是否存在“客观的道德事实”,如果不存在,就不会出现本文研究的含糊其辞问题,但如果存在,问题确实就会出现:法官在这样的案件中究竟是在行使自由裁量权还是在执行既有法律?但哈特同时又强调,“对于道德判断的一般性状态这样的可争辩性哲学理论问题,法律理论应避免做出回答”,^[39]所以他竟然就什么也没说:当基于(客观存在的)道德考虑来判决案件时,这样的司法行为如何描述才是最好的。

我们可以总结一下对于索伦森夫人法律权利的上述哈特进路:索伦森夫人是否可能具有获得损害赔偿金的法律权利,这一点已为其所在法域的法律所包含;包含的办法是借助于法官的习惯——以(一定)道德考虑为依据来行为;因此,它进一步取决于是否存在“客观的道德事实”这一问题;但对这个问题哈特却强调,为了法律理论的目的应不采任何观点。也就是说,如果不存在这样的事实,法官以道德考虑为根据进行判决的习惯就必然是在行使自由裁量权创造新责任,因此可以反推,法律中不存在一个索伦森夫人获得损害赔偿金的法律权利;而如果存在这样的事实,这个问题就没有答案,即不知道法官是在制造新法还是执行旧法,制造新法则索伦森夫人没有获得损害赔偿金的法律权利,执行旧法则索伦森夫人有获得损害赔偿金的法律权利。哈特则根本没提这种情况。

这一结果是哈特法律理论中的一个根本性的漏洞,连带地导致了他在主张其设想的“软性实证主义”时的一致性。我们来看他《法律的概念》“后记”中对“软性实证主义”的

[36] 因此,举例来说,他们不会基于正义来做与他们的先例原则或法院与立法机构间的分权不一致的事。见前引[32]。

[37] 前引[1],《法律的概念》,第254页。对哈特这句话的讨论,参见 John Eekelaar,《法官和公民:法律的两个概念》(Judges and Citizens: Two Conception of Law),《牛津法律研究》(OJLS)第22卷,2002年,第508页。Brian Leiter,《法律现实主义,实证主义与概念分析的限制》(Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis),载 Jules Coleman 编:《哈特的后记》,牛津大学出版社2001年版,第355、362页。

[38] 同上,第253页。

[39] 同上,第253-254页。

两段论述：

……这个承认规则^[40]可将要符合于道德原则或实质价值这一点包含进自身来作为法律效力的检验标准；所以我的主张就是人们所称的软性实证主义……^[41]

这一论述似乎暗示了“软性实证主义”认为道德考虑可包含于法律中。其实不然，再看下面的论述：

当然，如果像我主张的那样，对于道德判断是否客观存在这一问题法律理论不予回答的话，软性实证主义就不能被简单地特征化为一种价值，道德原则也可成为法律效力检验标准的理论。因为在价值和道德原则客观存在与否这个问题不明确的情况下，另一个问题，“软性实证主义”的^[42]规定——即将对与其的相符作为既定法律的一种检验标准的规定——能否产生其意图的这种结果，或者只是构成了一种指示让法院去依照道德创制法律，肯定也是不明确的。^[43]

根据这后一段论述，我们只能认为，哈特想的，并不是一个承认规则“可将要符合于道德原则这一点包含进自身来作为法律效力的检验标准”（尽管他是这么说的），而是一个法律理论不能否认这种包含会发生。所以尽管哈特在其论述中称自己的理论“是人们所称的软性实证主义”，但其实他并不认为，道德考虑必然可包含于法律中。在哈特的理论中，这一问题取决于道德的客观存在，而对道德是否客观存在，他不予作答。这样，贯彻第一段论述中所说的“软性实证主义”的含义，哈特无法真正地主张它或否定它。

（二）司法实践中的含糊其辞

综上，是司法造法还是适用法律包含于己的道德准则，哈特并没有提供说明予以区分。不过我们或许可以说，哈特这样做其实是忠实于法官实践和他的衡平法院律师经验的。这些人通常对此就是不做区分的。法官可以不在判决中写明哪些是、哪些不是法律的考虑而直接维护全新的主张。面对眼前的争议，无需任何将法律和非法律考虑有所划分的理论，律师就可做出论证，法官亦可予以解决。我不是说，法官不需要根据法律去做出判决，我一点都没有这个意思，而只是说，他们也必须（在没有忽略其实现正义能力之各种限制的前提下）公正地做出判决，而他们可以不解决含糊其辞问题就同时做到这两点。那些完全不以德沃金关注问题的任何观点为前提的理由，同样可以成为他们展开论证并做出判决的根据。对此，我们不能简单地说是因为法官可以草率判决，事实上，一个一点都不草率而深思熟虑的法官完全可以不使用“法律”这个词，甚至法律这个概念都不进入他/她的脑海，就可以清晰阐明其判决的可靠理由。比如，一个好的法官也许可以^[44]以下列各种因素为根据做出有利于索伦森夫人的判决：内化原则和矫正原则的正义性，因果关系原则在以一种构成不正义盾牌的方式予以适用时所体现出的欺骗性，以及走出这新的一步不会扭曲未来法院对相似或较相似侵权责任（或其他法律问题）点之处理办法的可能性。这些在裁判中均可能被运

[40] 哈特本应将此写作“一个承认的规则或一个法律的规则”。

[41] 前引[1]，《法律的概念》，第250页。

[42] 这一表达是蹩脚的，因为没有一个规定会是“软性实证主义的”，也许这就是为什么哈特把它放在了引号中。在“软性实证主义的”理论下，一定权利或责任取决于道德考虑的那种规定被解读为它包含此道德考虑作为法律效力的一个检验标准。

[43] 前引[1]，《法律的概念》，第254页。

[44] 我在此用“或许可以”这个词，只是因为我们对索伦森夫人所处法域的法律知之甚少。

用于判决的潜在的适宜根据,哪一个都不以德沃金和哈特之争论的解决为前提。一个法官,完全可以合法性地以这些为根据采取行动,而同时被德沃金和哈特的论战所困扰,或者同时站在其中一边,或者同时无视甚至蔑视它。这场论战真正讨论的其实是对好法官所做推理应如何进行一般性解释性说明才是最佳的,即有关好法官之推理的最佳理论。

那么,从这场有关司法推理之说明的论战中,我们应期待获得的是什么呢?它将指出,共同体各公共机构,如立法机构、行政当局、此前判决中的法院……以其行动在若干方面约束法院的不同能力。它将指出,对于那种共同体各种制度都未提出过的问题,法官有责任找出公正的解决办法。它还将清晰阐明,在为了正义而推翻一个系统已受约束应采用(即在争议事件发生时被约束采用)的标准时,法官所发挥的受限但重要的功能。它将涵括这样一个主张,在实现其责任时,法官行动的根据可以是对判决时的法律来说是新的考虑,因为它们在焦点意义上构成了判决的好理由,尽管系统的各种制度还没有约束法院依其采取行动。而一个对好的司法推理的最佳说明,不需要(以辩论和司法修辞中也许会觉得方便的方式)将这些考虑称为“法律”。

在索伦森夫人案中,如果(1)法律委托法官去实现正义(当这样做不损害法律时),且(2)正义要求对索伦森夫人做出赔偿,且(3)判决做出赔偿可不损害法律,此时,法官大概就会乐意说“她已经具有了获得损害赔偿金的法律权利”。但实际上,这样说就贬损了这一权利至关重要的全新一面(以及相关责任的崭新性),因为如果法律之前并没有委托法官通过给予市场份额损害赔偿金来实现正义的话,它对法律来说就是名副其实的全新的。

这就是解决含糊其辞问题的办法,它意味着,正义和法治要求在普通法的发展中进行大量的司法造法。

四 结 论

有的时候,法院可以依照法律体系的各种制度在此之前尚未委托给它的判决根据,去合法地解决一个争议。这样做可以是公正并且符合法治的。这些结论提供了一个办法来解决法律中旧与新之间的含糊其辞问题。

对于一个好的审判,区别一个法律上恰当的标准是否是判决做出前的法律的一部分,并不是必需的。法官可以无需完成哈特和德沃金所致力的那个哲学任务,而适当考虑立法机构、其他公共机关以及之前判决中的法院的行为,来采取他自己的行为。法官的目的是以法治所要求的受控制的有限制的方式来实现正义,他们不需要为此去完成那个任务。那个哲学任务要求我们对法官和其他官员的工作做一种全面而清晰的理解(它并不要求使用了“法”这个词的任何规则,尽管它要求理解“法”之为人们使用时的模糊性)。当然,法官,以及其他的人,也是可以去完成这个任务的,那么此时(只有此时)需要他们既不赞同于哈特也不赞同于德沃金的主张。

哈特没有提供办法来区分,究竟是在适用包含入法律中的道德准则还是在基于道德根据进行法律授权的司法造法。哈特理论的问题不在于它站在了药物公司一边;因为我们从他理论的全部中能够解读出(通过依据正义考虑来判决的司法习惯,)法律中已经包含了道德准则,适用道德准则,完全可以做出有利于索伦森夫人的判决。哈特理论的问题在于,是在适用争议事件发生时的法律还是在基于非法律的考虑而判决,对于这二者之间的含糊其

辞他没有提供一个解决办法。

而德沃金的理论将这个含糊其辞变成了一场危机。如果有溯及力的司法造法确实背反于法治的“最基本理解”的话,那么在每一个法律争议中,司法工作的当务之急都应是解决旧法和新法之间的区分问题;因为不放弃其对法治的遵守,法官就不能根据非属于既定法之一部分的标准来做出判决。但实际上,法官并没有面临这样一场危机:保持着对立法和行政机构的礼让、适当考虑其法院和其他法院的先例、尊重当事人自己安排他们生活的方式以及注意当事人和共同体的利益,他们就可以负责任地做出判决,而无需解决这个令每个试图说清并解决它的人(包括法官)感到困惑的法律概念下的含糊其辞问题。

掌握了好的法律理论的法官,在一定程度上会全面、清楚地理解他正在做的事;而掌握了误导的法律理论的好法官,则会错误理解他所做事之中的重要部分。在哲学和司法实践之间,逻辑上的优先性应是清楚的。好的法官(就如同好的议会议员或好的社会工作者一样)无需关注哲学来工作,尽管为了抽象地理解他们做什么是对的还需要去钻研它。而法律哲学家的任务则只能是去清晰阐明一个好法官的工作。

[Abstract] It can be compatible with justice and the rule of law for a court to impose a new legal liability retrospectively on a defendant. But the judge does not need to distinguish whether he/she is imposing a new liability, or giving effect to a liability the defendant had already been held when the dispute arose. The distinction can simply be drawn by considering the following point, that is, upon what reasons for decisions the various institutions under the legal system had authorized the court to take action concerned. The author explains these conclusions by commenting the last episode in the debates between H. L. A. Hart and Ronald Dworkin.

(责任编辑:支振锋)